

# Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet

## 1. Blanco beperkingsclausules

Bij het Nijmeegse mondeling tentamen staatsrecht krijgen studenten wel eens de vraag of een uitgeverij een wettelijk verbod op het drukken en verspreiden van – bijvoorbeeld – onzedelijke literatuur wegens strijd met de Grondwet (Gw) zou kunnen aanvechten. Een aanzienlijk deel van de studenten is wel intelligent, maar heeft niet goed gestudeerd. Met enige regelmaat roept een student daarom *niet* automatisch: ‘Toetsingsverbod!’, maar neemt de tekst van artikel 7 Gw erbij en leest voor dat er vrijheid van drukpers is ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’. Vervolgens concludeert hij op enigszins ongelovige toon dat de Grondwet de wetgever blijkbaar geen strobreed in de weg legt, als deze het drukken en verspreiden van bepaalde geschriften wil verbieden.

Daarmee is de kern van het in deze bijdrage aangesneden probleem gegeven. Het initiatief-Grondwetsvoorstel-Halsema<sup>1</sup> beoogt rechterlijke toetsing van toepassing van de formele wet aan de grondwettelijke

klassieke grondrechten mogelijk te maken. Een belangrijk deel van deze bepalingen lijkt echter op het eerste gezicht voor toetsing niet geschikt. De wetgever krijgt een bevoegdheid tot beperking van het grondrecht toegekend, zonder dat aan de uitoefening van die bevoegdheid enige materiële voorwaarde wordt verbonden. Hierdoor biedt de Grondwet naar de letter nauwelijks aanknopingspunten voor de toets of een formele wet verenigbaar is met een aantal grondrechten die in de moderne rechtsstaat essentieel zijn: de vrijheid van meningsuiting (art. 7.1 en 7.3, eerste zin),<sup>2</sup> de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6.1), het recht van vergadering en betoging (art. 9.1), het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10.1) en het recht op onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11).<sup>3</sup> Onder deze belangrijke grondrechten zijn er twee – artikel 10 en 11 Gw – die de wetgever delegatie van zijn beperkingsbevoegdheid aan een ander centraal of een decentraal ambt toestaan.<sup>4</sup> Deze twee grondrechten bevatten een volledige blanco beperkings-

\* Mr. R.J.B. Schutgens is promovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur dankt mr. drs. J.J.J. Sillen, mr. drs. J.W.A. Fleuren en mr. D.E. Bunschoten.

1. *Kamerstukken II 2001/02-2004/05*, 28 331, nr. 1 e.v.
2. Het in art. 7 Gw vervatte censuurverbod is wel absoluut. Voor het overige is de wetgever echter vrij om het grondrecht te beperken, zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 437-438.
3. Daarnaast bevatten ook art. 2 lid 4, art. 4, art. 15 lid 1, art. 19 lid 3 en art. 121 een beperkingsclausule die de wetgever geen materiële norm stelt. Art. 6 lid 2 en art. 9 lid 2 bevatten wel een materiële norm in de vorm van doelcriteria. Deze artikelleden doen echter niet af aan de materieel ongeclausuleerde beperkingsbevoegdheid in de bijbehorende eerste artikelleden. Deze eerste leden legitimeren iedere formeel-wettelijke beperking door de wetgever zelf – dus ook beperking van de belijdenisvrijheid en de betogingsvrijheid buiten besloten plaatsen met een ander dan een in het tweede lid genoemd motief. Pas als de wetgever de bevoegdheid tot beperken wil delegeren, mag dat alleen geschieden met het oog op de genoemde beleidsdoelen. Zie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 79-81 en 91; A.K. Koekoek e.a., *De Grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 99-100 en 149.
4. Zie over de delegatieterminologie, Kortmann 2005, p. 38 en *infra*, par. 5 sub a.

clausule.<sup>5</sup> De overige genoemde grondrechten binden de wetgever naar de letter slechts aan één norm, namelijk de formele norm dat de wetgever zijn beperkingsbevoegdheid zelf moet uitoefenen, zonder haar te delegeren.<sup>6</sup>

Het kan natuurlijk niet de bedoeling zijn dat een rechtsinstituut waarover zoveel debat is geweest als het toetsingsrecht, bij invoering niet meer zou behelzen dan toetsing aan één formele norm – het delegatieverbod – en bij enkele grondrechten zelfs nooit iets zou kunnen opleveren. Wil het toetsingsrecht à la Halsema een zinnige betekenis krijgen, dan moet de rechter enkele ongeschreven *hulpnormen* erkennen,<sup>7</sup> die hij kan hanteren als instrument om de door het voorstel beoogde toetsing van de wet aan grondrechten met een (bijna) blanco beperkingsclausule<sup>8</sup> te verrichten.<sup>9</sup>

In deze bijdrage probeer ik een aantal van die ongeschreven hulpnormen op te sporen.

Een dergelijke onderneming heeft onvermijdelijk iets speculatiefs, maar ik vind het onderwerp te belangrijk – en te interessant – om niet toch een poging te wagen.

Daarbij past de kanttekening dat ik

niet de indruk wil wekken dat de huidige grondrechtencatalogus de bevoegdheid van de wetgever helemaal niet zou begrenzen. Een aantal grondrechten is onbepikbaar;<sup>10</sup> een aantal bevat doelcriteria of procedurevoorschriften waaraan een wettelijke beperking moet voldoen.<sup>11</sup> Deze grondrechten kunnen ook zonder hulpnormen als toetssteen dienen. De grondrechten met (bijna) blanco beperkingsclausules nemen echter een zo vooraanstaande plaats in onze rechtsorde in, dat de vraag welke ongeschreven hulpnormen nodig zijn, zelfstandig aandacht verdient.

In de grote hoeveelheid boeken en artikelen die de afgelopen jaren over de mogelijke invoering van toetsingsrecht is verschenen, blijft de vraag wat zulke toetsing materieel zou kunnen inhouden, naar mijn idee onderbelicht. Dit artikel beoogt aan het beantwoorden van deze vraag een bijdrage te leveren.<sup>12</sup>

## 2. Krijgt de wetgever naar geldend constitutioneel recht daadwerkelijk *carte blanche* om grondrechten te beperken?

Misschien is het naar geldend recht al zo dat de wetgever bij het uitoefenen van zijn

5. Dit geldt ook voor art. 15 lid 1 en art. 19 lid 3.
6. Deze voorwaarde valt af te leiden uit de afwezigheid van de delegatieterminologie, zie *infra*, par. 5 sub a.
7. De meeste van de hierna besproken 'hulpnormen' zijn rechtsbeginselen. Normen en beginselen verschillen van karakter, zie E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: B. Baardman (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211–237, i.h.b. p. 230–231 met verdere verwijzingen. Ik spreek hierna toch maar over 'hulpnormen'. Deze term bevalt mij, omdat hij duidelijk doet uitkomen dat wij zoeken naar normen die de grondwettelijke geschreven normen (waarvan er overigens ook een aantal – vgl. art. 1 – rechtsbeginselkarakter heeft) aanvullen. Ik ben mij ervan bewust dat het gebruik van deze term dogmatisch minder precies is.
8. Ik doel hierna met blanco beperkingsclausules ook op de clausules die geen materiële norm, maar wel een delegatieverbod bevatten. Strikt genomen bevatten die clausules dus wel één (formele) norm.
9. Halsema wenst het verbod op toetsing van de wet aan rechtsbeginselen te handhaven. Het erkennen van rechtsbeginselen als hulpnorm is daarmee naar mijn oordeel niet in strijd. Zie hierover par. 7.
10. Art. 1, art. 2 lid 3, art. 3, art. 5, art. 18 en art. 114 Gw; met enige welwillendheid kunnen de in het voorstel-Halsema eveneens opgenomen artikelen 16, 54.1, 56 en 113.3 Gw ook tot deze categorie worden gerekend.
11. Art. 6 lid 2 en art. 9 lid 2 (beide voor het geval dat de wetgever wil delegeren); art 8, 12, 13 en 14 Gw.
12. Bijna alle literatuur over art. 120 Gw en over het voorstel-Halsema belicht uitvoerig de institutioneel-rechtelijke merites van schrapping of handhaving van het toetsingsverbod. Er is wel een mooie rechtsvergelijkende analyse van de betekenis die het proportionaliteitsbeginsel als hulpnorm kan hebben, zie A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismässigkeit', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61–78.

blanco beperkingsbevoegdheid toch aan ongeschreven normen gebonden is. Deze normen zijn in dat geval vanzelfsprekend niet in de gepubliceerde jurisprudentie terug te vinden – de vraag of zij geschon- den zijn, kan immers niet met kans op succes aan de rechter worden voorgelegd. Niettemin zouden deze normen kunnen bestaan. Na invoering van het voorstel- Halsema komen zij voor rechterlijke toetsing beschikbaar.

Bestudering van de grondwetsgeschie- denis levert één, wat terloops uitgesproken norm op. De regering merkt naar aanlei- ding van een vraag over de mate waarin het huidige artikel 9 Gw beperkt mag wor- den, op dat '[i]n het algemeen in geen en- kele beperkingsbevoegdheid de bevoegd- heid [mag] worden gelezen het betreffende grondrecht illusoir te maken.'<sup>13</sup>

Enkele schrijvers hebben, mede aan de hand van de Grondwetsgeschiedenis, erg hun best gedaan aan te tonen dat het huidi- ge constitutionele recht al normen bevat die de beperkingsbevoegdheid nader begren- zen. Volgens Den Dekker-van Bijsterveld spreekt uit enkele passages in de toelichting op de Grondwet 'duidelijk de gedachte van binding van de wet aan de Grondwet, de gedachte dat niet ieder beleidsdoel van de wetgever een inbreuk op een grondrecht

rechtvaardigt en (...) de eis van proportiona- liteit'.<sup>14</sup> De Grondwet biedt volgens haar bovendien een kader in het licht waarvan grondrechtsbeperkende wetgeving zorgvul- dig gewogen moet worden.<sup>15</sup> Ook Waaldijk destilleert uit het stelsel van de Grondwet een evenredigheidstoets – die hij vreemd genoeg niet betreft op de blanco beperkba- re grondrechten – en een bijzondere moti- veringsplicht bij de vaststelling van wette- lijke beperkingen van grondrechten.<sup>16</sup>

De verwoede poging om dit soort nor- men uit de Grondwet te destilleren is zeer begrijpelijk: voor continentale juristen is de gedachte nu eenmaal moeilijk te verte- ren dat de nationale constitutie de wetge- ver ten aanzien van een groot aantal be- langrijke grondrechten een positie van '*Parliamentary Sovereignty*' zou toekennen. Men moet alleen zo ontzettend zijn best doen om aannemelijk te maken dat deze normen al geldend recht zijn.<sup>17</sup>

### 3. Het toetsingsverbod na Halsema

Wat er ook zij van het reeds bestaan van on- geschreven hulpnormen, door aanvaarding van het voorstel-Halsema zou artikel 120 Gw zélf een formulering krijgen die ertoe dwingt om aan te nemen dat de beper- kingsbevoegdheid van de formele wetgever

13. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 33.

14. S.C. den Dekker-van Bijsterveld, 'Grondrechtelijke belangen in wetgeving', in: H.A.M. Backx (red.), *Recht doen door wetgeving* (Hirsch Ballin-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 203–212, p. 211.

15. *Ibid.*, p. 209 en 211.

16. C. Waaldijk, *Motiveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994, p. 166–172: beperking moet worden gerechtvaardigd doordat zij in evenredige verhouding staat tot de doelcriteria; p. 155–156: de Grondwet is een 'discussiestuk' dat bijzondere motiveringsplichten voor de wetgever met zich brengt. Zie ook J.C.H. van der Meer, 'Grondwet en verdrag', in: *40 Jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde* (Staatsrechtconferentie 1990), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 197–203, i.h.b. p. 199.

17. Hulpnormen zouden ook tot uiting kunnen komen in de wetgevingsadviezen van de Raad van State. In literatuur over de wetgevingsadvisering is hierover weinig te vinden. J.L.W. Broeksteeg e.a., *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, noemen het advies bij de Tijdelijke wet noodcapaciteit drugskoeriers, waar de Raad een godsdienstbeperkende maatregel over de band van het proportionaliteitsbeginsel toetst aan art. 6 lid 1 Gw. N.A. Florijn, 'Wetgevingsadvisering en de Grondwet', *RegelMaat* 1995, p. 211–215, p. 213 geeft het voorbeeld van het advies over het wetsvoorstel houdende wijziging van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering betreffende het proces-verbaal van de terechtzitting en het vonnis (*Kamerstukken II 1994/95*, 23 989, B), dat volgens de Raad niet in overeenstemming met de Grondwet was, zolang de wettelijke in- perking van de rechterlijke motiveringsplicht van art. 121 Gw (dat eveneens een blanco beperkingsclausule kent) in de toelichting niet uitvoeriger gemotiveerd werd. Een systematisch onderzoek naar de wijze waar- op de Raad van State wetsvoorstellen toetst aan de blanco beperkbare grondrechten, is bij mijn weten (nog) niet voorhanden.

inhoudelijk begrensd is. Het eerste lid van artikel 120 Gw zal nog altijd als hoofdregel het toetsingsverbod geven, waarna het tweede lid limitatief een aantal grondwetsbepalingen aanwijst, waaraan toetsing van (de toepassing van) de wet wél is toegestaan. Wil de aanwijzing van een blanco beperkbaar grondrecht als toetsingsgrond enige betekenis krijgen, dan moeten er gevallen denkbaar zijn, waarin een wet de toets aan dat grondrecht niet zou doorstaan. Aangezien in de tekst van de grondrechten – afgezien van de delegatieverboden – nauwelijks normen te vinden zijn waar de wet aan kan worden getoetst, zal de rechter ongeschreven hulpnormen moeten introduceren. De bevoegdheid daartoe kan hij aan het nieuwe artikel 120 Gw zelf ontleenen.

Hierna onderzoek ik om welke ongeschreven hulpnormen het kan gaan. Naar mijn idee is het een aardige exercitie om een zo uitgebreid mogelijke lijst van hulpnormen op te stellen. Daarbij zie ik vooral vanwege ruimtegebrek af van rechtsvergelijking. Dat neemt niet weg dat een deel van de hierna gevonden hulpnormen of varianten daarop ook zal zijn terug te vinden in de jurisprudentie van buitenlandse constitutionele rechters en in uitspraken van het EHRM.

#### 4. Materiële hulpnormen

##### *a. Een wettelijke beperking mag het grondrecht niet illusoir maken*

Deze norm leent zich voor wetstoetsing, al is op voorhand duidelijk dat de kans vrij gering is dat zij een belangrijke rol gaat spelen. De norm stelt de rechter enkel in staat tot een ‘hypermarginale’ toets: de beperkende wet hoeft de burger niet meer dan enige restvrijheid over te laten.

Het is lastig om een voorbeeld te verzinnen van een formele wet die de uitoefening van een grondrecht door de burger denkbeeldig zou maken, maar waarvan toch

voorstelbaar is dat de wetgever vaststelling ervan ooit in ernst zou overwegen. Niettemin: *mocht* er ooit een wet komen die iedere burger verplicht om een Mariabeeld naast zijn voordeur vast te schroeven, of *mocht* de wet ooit zedendelinquenten na het uiddienen van hun straf onderwerpen aan permanent cameratoezicht in hun eigen woonkamer, dan zou die wet zonder twijfel buiten toepassing moeten blijven omdat zij artikel 6 respectievelijk artikel 10 Gw illusoir zou maken.

##### *b. Het proportionaliteitsbeginsel*

Het proportionaliteitsbeginsel lijkt mij een beginsel dat haast van nature de beperkingsbevoegdheid van de wetgever regeert. Wie erkent dat de beperking van grondrechten onvermijdelijk is om de maatschappij soepel te laten functioneren, zal daaraan na even nadenken toevoegen dat het belang dat met een beperking is gediend, natuurlijk wel van voldoende gewicht moet zijn om die beperking te kunnen rechtvaardigen.

De beide in paragraaf 2 genoemde auteurs namen aan dat de proportionaliteits-eis al naar positief recht de beperkingsbevoegdheid van de wetgever aan banden legt. Andere ‘rechtssferen’ waar rechterlijke toetsing van wetgeving aan grondrechten voorkomt, kennen vaak een vorm van proportionaliteitstoetsing.<sup>18</sup> De Nederlandse rechter is nu al verplicht om formeel-wettelijke beperkingen van EVRM-grondrechten aan een proportionaliteitstoets te onderwerpen bij het beantwoorden van de vraag of de wettelijke beperking ‘noodzakelijk’ is.<sup>19</sup> Het beginsel zal naar mijn verwachting zonder problemen kunnen worden ingezet bij toetsing van een beperkende wet aan de Grondwet; het lijkt mij de meest fundamentele norm die de beperkingsbevoegdheid beheerst.

Het proportionaliteitsbeginsel vergt dat het motief van de beperking wordt opge-

18. P. van Dijk & G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 80–82: Het proportionaliteitsbeginsel is inherent aan het systeem van het EVRM. De noodzakelijkheidstest van de tweede leden van art. 8–11 EVRM is een uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel. Ook het Duitse Bundesverfassungsgericht onderwerpt wetten die grondrechten beperken aan een proportionaliteitstoets, zie Hins, a.w., p. 66–70.

19. Voorbeelden: HR 15 januari 1999, NJ 1999, 665 (art. 6:195 BW versus art. 10 EVRM); HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661 (art. 21 Aw versus art. 10 EVRM); HR 10 mei 1996, NJ 1996, 578 (Verschoningsrecht journalisten; art. 191 Rv versus art. 10 EVRM).

spoord en een bepaalde 'rechtswaarde' krijgt toegekend, die moet opwegen tegen de 'kosten' die de burger ondervindt doordat de overheid zijn grondwettelijke vrijheids-sfeer betreedt. Daarbij worden de kosten voor de burger hoger geraamd naarmate vrijheid die hem ontnomen dreigt te worden, voor zijn ontplooiing van groter belang is.<sup>20</sup> Het beleidsdoel dat het motief voor de beperking vormde, krijgt eveneens een gewicht toegekend. De grondrechten met blanco clausules geven geen limitatieve opsomming van de beleidsdoelen die beperking kunnen legitimeren. De rechter zal dus zelfstandig moeten nagaan of het motief van de beperking een respectabel motief is – dat zal meestal het geval zijn. Bovendien zal hij moeten toetsen of de grondrechtsbeperking het beoogde doel daadwerkelijk kan bevorderen en welk gewicht het beleidsdoel tegenover de grondrechtsbeperking in de schaal legt.<sup>21</sup>

Ik geef een voorbeeld. Stel dat de wetgever een verbod op het dragen van boerka's uitvaardigt; een beperking van de godsdienstvrijheid van artikel 6 Gw. Het motief van dit verbod is het bevorderen van de veiligheid op straat doordat iedereen die zich in het openbaar begeeft, identificeerbaar is. Dat motief is te billijken. Het belang van de godsdienstvrijheid zal het naar mijn idee tegen dit motief moeten afleggen. Het verbod is in beginsel toelaatbaar.

De vraag of de maatregel het beoogde doel ook daadwerkelijk kan bevorderen, zal hier de meeste problemen opleveren. Deze test hangt op een bijzondere wijze samen met de eerste. Hij zet een rem op voorwendsels. Het beleidsdoel dat het mo-

tief voor de beperking vormt, behoort niet een 'achterliggend' motief te versluieren. Een verdacht achterliggend motief is vooral het streven om minderheidsgroepen de zedelijke overtuigingen van de meerderheid op te dringen. Dat motief is een van de weinige motieven die grondrechtsbeperking (haast) nooit kunnen legitimeren. Om die reden zal een respectabeler beleidsdoel worden voorgewend.

Een *algeheel* boerkaverbod zal niet proportioneel zijn. Een kledingvoorschrift dat verder gaat dan het verbod om zich met bedekt gelaat in de openbare ruimte te bewegen, draagt niet bij aan de openbare veiligheid. De verdenking rijst dat een verdergaand verbod is vastgesteld vanwege een verzwegen motief: politiek gemotiveerde ergernis aan de orthodoxe geloofsuitingen van een minderheid. Dat motief kan niet door de beugel.

Een boerkaverbod zal dus de proportionaliteitstoets doorstaan als het burgers verplicht om in het openbaar hun gezicht onbedekt te houden. Is het strenger, dan moet het buiten toepassing blijven.

### c. *Het subsidiariteitsbeginsel*

Het subsidiariteitsbeginsel vereist dat als er verschillende maatregelen voorhanden zijn om een beleidsdoel te bereiken, de overheid het minst ingrijpende middel inzet. Gevallen van geslaagde grondrechtstoetsing over de band van het subsidiariteitsbeginsel zijn zeldzaam. Er is een aardig voorbeeld uit de gemeentelijke sfeer.<sup>22</sup> In de APV van de gemeente Wassenaar wordt een fotografieverbod opgenomen voor de omgeving rond het kroonprinselijk landgoed *De Hor-*

20. Overigens is er bij grondrechtsbeperking niet altijd een even scherpe tegenstelling tussen individueel en collectief belang: bij beperking van de persvrijheid van art. 10 EVRM verleent juist het publieke belang van een goed functionerende pers extra gewicht aan de uitingsvrijheid, vgl. EHRM 26 april 1979, *NJ* 1980, 146 (Sunday Times), r.o. 65. Het algemeen belang kan dus ook aan de 'kostenzijde' van de balans gewicht in de schaal leggen. Zie ook Van Dijk & Van Hoof, a.w., p. 583-585.

21. Het Bundesverfassungsgericht gaat op ongeveer dezelfde wijze te werk, zij het dat dit het subsidiariteitsbeginsel behandelt als element van de proportionaliteitseis. Zie Hins, a.w., p. 69. Lezenswaardig is ook H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 233-250. Uit Kummelings rechtsvergelijkende studie komt naar voren dat de proportionaliteit van grondrechtsbeperkingen internationaal bezien niet overal even indringend wordt getoetst. Ook het EHRM hanteert het proportionaliteitsbeginsel niet altijd even consequent. De hiervoor genoemde deelvragen lijken mij echter zonder meer deel uit te moeten maken van een zinnige proportionaliteitstoets. Voor diepgaande bespreking is hier geen ruimte; men leze de overtuigende analyses van Hins en Kummeling.

22. Pres. Rb. Den Haag 6 augustus 2003, *KG* 2003, 196 (Fotografieverbod De Horsten).

sten. Twee journalistenverenigingen spannen een kort geding aan omdat zij dit fotografieverbod in strijd achten met het door artikel 10 EVRM beschermde recht op vrije informatiegeving.<sup>23</sup> De president in kort geding stelt voorop dat bij beperking van de garingsvrijheid de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit leidraad zijn. Hij is van mening dat in plaats van het fotografieverbod, dat grondrechtsbeperking inhoudt, ook minder ingrijpende middelen aangewend hadden kunnen worden om de privacy van het kroonprinselijk paar te beschermen, zoals het aanbrengen van dichtere begroeiing of aanpassing van het bestaande hekwerk. Hij vervolgt:

‘Nu uit het voorgaande volgt dat er alternatieve mogelijkheden zijn, hadden dergelijke mogelijkheden aangewend kunnen worden. De gekozen weg om een verordening vast te stellen moet dan ook als disproportioneel aangemerkt worden. Uit één en ander volgt dat de verordening onmiskenbaar onverbindend is (...):<sup>24</sup>

Als duidelijk is dat een beleidsdoel ook bereikt kan worden met maatregelen die lichter zijn in die zin dat zij geen grondrecht beperken, moeten die lichtere maatregelen worden gekozen.

Op vergelijkbare wijze kan het subsidiariteitsbeginsel als hulpnorm dienen bij toetsing van de formele wet aan de Grondwet. Het leent zich overigens minder goed voor rechterlijke toetsing dan het (zuivere) proportionaliteitsbeginsel. Toetsing aan dat laatste beginsel is een volledig juridische activiteit: aan doel en aan middel moet een rechtswaarde worden toegekend, waarna

de beide gevonden waarden met elkaar worden vergeleken. Subsidiariteitstoetsing is veel ‘feitelijker’: de rechter moet op zoek naar beleidsalternatieven. Eigenlijk moet hij feiten vaststellen die buiten de hem voorgelegde casus liggen. Daartoe zal hij niet altijd even goed toegerust zijn. Hij zal zich waarschijnlijk niet snel zelfverzekerd genoeg voelen om te oordelen dat er reële alternatieve middelen voorhanden zijn waarmee het beleidsdoel ook bereikt kan worden, maar die de grondrechtelijke vrijheid beter intact laten. Zodra dit echter toch komt vast te staan, zal de formele wet buiten toepassing kunnen blijven.

De verwante beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit worden meestal in één adem genoemd. Toch vind ik het zinnig om ze te blijven onderscheiden. De makke van alle rechtsbeginselen is hun ‘vaagheid’. Daardoor loopt de rechter die aan een beginsel toetst, soms het gevaar om de indruk te wekken dat hij in plaats van een juridisch, een persoonlijk moreel oordeel velt. Een zekere vaagheid is bij rechtsbeginselen onvermijdelijk, maar die vaagheid moet niet onnodig worden vergroot door van karakter verschillende rechtsbeginselen ‘op één hoop te gooien’. Ik meen dat de toets of kost en baat tegen elkaar opwegen, wezenlijk verschilt van de toets of hetzelfde resultaat met een minder belastend middel bereikt kan worden. Proportionaliteit en subsidiariteit zijn theoretisch te onderscheiden, omdat het voorstelbaar is dat een bepaalde overheidsmaatregel wel proportioneel maar niet subsidiair is, en andersom.<sup>25</sup>

23. Vgl. recent HR 2 september 2005, NJ 2006, 291: vrijheid van informatiegeving ligt in art. 10 EVRM besloten.

24. Er had naar mijn idee moeten staan ‘strijdig met het subsidiariteitsbeginsel’ in plaats van ‘disproportioneel’.

25. Hier past nog een nuancering. In de praktijk treedt er vaak een complicatie op, waardoor de proportionaliteitstoets toch weer met de subsidiariteitstoets vervlochten raakt. Bij de subsidiariteitstoets hebben wij vaak niet de keuze tussen een licht en een belastend middel waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt (dan kan eenvoudig een zuivere subsidiariteitstoets worden uitgevoerd), maar tussen een belastende maatregel, waarmee het beoogde doel wordt verwezenlijkt, en een veel minder belastende maatregel, die echter ook tot minder goede resultaten leidt. In dat geval wordt eerst bezien of het zware middel opweegt tegen de baten (proportionaliteit); vervolgens wordt een lichter middel opgespoord (subsidiariteit), waarna wij – als dat lichtere middel tot mindere resultaten leidt – weer ‘terug’ moeten naar de proportionaliteit. Dan wordt een tweede proportionaliteitstoets uitgevoerd, waarbij in de wetenschap dat een lichtere maatregel voorhanden is, wordt bezien of het extra resultaat dat bereikt wordt door de zwaardere maatregel te verkiezen boven de lichtere, wel opweegt tegen de extra lasten die die keuze meebrengt.

Het komt de overtuigingskracht van vonnissen ten goede als de rechter bij toetsing aan rechtsbeginselen, ondanks hun inherente vaagheid, zo duidelijk en precies mogelijk laat zien hoe hij toetst en waarom die toets tot het gegeven resultaat leidt. Dat is alleen mogelijk op basis van een rechtsdogmatiek die theoretisch van karakter verschillende rechtsbeginselen helder onderscheidt.

#### *d. Het rechtszekerheidsbeginsel*

Ook het rechtszekerheidsbeginsel kan als hulpnorm dienen. Als de wetgever een in beginsel blanco beperkbaar grondrecht beperkt, moet hij bij het stellen van die beperking recht doen aan degenen die erop hebben mogen vertrouwen dat zij hun grondrecht ongestoord konden blijven uitoefenen.

Ik geef een voorbeeld. Zoals bekend heeft een aantal politieke partijen en maatschappelijke organisaties bezwaren tegen trouwambtenaren die weigeren homohuwelijken te voltrekken. Stel dat de wetgever nieuwe én 'zittende' trouwambtenaren verplicht om aan de sluiting van homohuwelijken mee te werken.

Een SGP-lid werkt al 25 jaar tot ieders tevredenheid als ambtenaar van de burgerlijke stand. Hij kan het sluiten van homohuwelijken echter niet met zijn geweten verzoenen. Hiermee werd bij de inroostering steeds rekening gehouden. Onder vigeur van de nieuwe wet moeten zijn superieuren hem echter schorsen. In een gerechtelijke procedure voert de trouwambtenaar aan dat de wet jegens hem een onrechtmatige beperking van artikel 6 lid 1 juncto artikel 19 lid 3 Gw oplevert. De beperking wordt namelijk op hem van toepassing nadat hij 25 jaar zijn beroep heeft kunnen uitoefenen op een wijze die met zijn godsdienstige overtuiging in overeenstemming was.

De ambtenarenrechter zou in dit geval kunnen onderscheiden tussen de toepas-

sing van de wet op ambtenaren die voor invoering van het homohuwelijk met hun werkzaamheden zijn begonnen, en ambtenaren die daarna in dienst zijn getreden.

Ten aanzien van de tweede categorie trouwambtenaren zal (toepassing van) de wet de 'gewone' proportionaliteitstoets waarschijnlijk doorstaan. De beperking van de godsdienst- en beroepskeuzevrijheid is jegens hen minder ingrijpend: zij weten van tevoren waar zij zich aan committeren als zij als trouwambtenaar gaan werken. Afgewogen tegen het feit dat het trouwambtenarenwetje opgevat kan worden als een antidiscriminatoire maatregel (art. 1 Gw), houdt de wet jegens deze groep ambtenaren waarschijnlijk een proportionele beperking in.

Ten aanzien van de eerste categorie zou de wet mijns inziens een onrechtmatige beperking van de godsdienstvrijheid opleveren, omdat de beperking jegens deze categorie trouwambtenaren de godsdienstvrijheid en de vrijheid van arbeidskeuze beknot op een wijze die strijdig is met de rechtszekerheid.<sup>26</sup>

Hier kan het rechtszekerheidsbeginsel de proportionaliteitsafweging inkleuren: er wordt extra gewicht toegekend aan de vrijheid van de trouwambtenaar om zijn vak te kunnen blijven uitoefenen, omdat hij dit al jaren tot ieders tevredenheid heeft kunnen doen, terwijl de overheid halverwege de rit eenzijdig de spelregels verandert. In de kosten-batenafweging worden de kosten, bestaande in beperking van een grondrecht voor een individuele trouwambtenaar, extra hoog aangeslagen omdat deze er in beginsel op mocht vertrouwen dat hij zijn grondrecht(en) ongestoord kon blijven genieten. Het erkennen van het rechtszekerheidsbeginsel als hulpnorm maakt een genuanceerdere toetsing mogelijk, die recht doet aan de verschillende positie van ambtenaren die net in dienst treden, en die van hen die al jaren als trouwambtenaar werkzaam zijn.

26. Aan ambtenaren komt ook bij de uitoefening van hun functie integrale grondrechtenbescherming toe. Het is echter niet zeker dat de rechter het sluiten van een huwelijk door een trouwambtenaar wil kwalificeren als een handeling die onder het bereik van de godsdienstvrijheid valt, vgl. HR 13 april 1960, NJ 1960, 436 (Gewetensbezwaren tegen AOW) en HR 30 mei 1967, NJ 1968, 64 (Noodwachtplicht). Ik zie in het tweede arrest ruimte om aan te nemen van wel ('ook indien deze (...) geen betrekking heeft', *a contrario*). Voor de zekerheid is de – blanco beperkbare – vrijheid van arbeidskeuze (art. 19) toegevoegd.

*e. Toetsing van de beperkende wet aan het égalitébeginsel*

Toetsing van een grondrechtsbeperkende wet aan het égalitébeginsel zou vooral bij het recht op vrije arbeidskeuze van artikel 19 Gw perspectief kunnen bieden.

Een mooi voorbeeld is het arrest *Kooren-Maritiem*.<sup>27</sup> Scheepsmakelaar Kooren moet na invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, anders dan voorheen, een notaris inschakelen voor de levering van te boek staande schepen. Een overgangsregeling kent een beperkte groep scheepsmakelaars de bevoegdheid toe om zelfstandig leveringsakten op te stellen. Kooren behoort niet tot deze groep. Hij kan niet meer scherp concurreren en moet zijn bedrijf staken. In rechte vordert hij compensatie van de Staat.

Kooren beroept zich op de *égalité*. Volgens de Hoge Raad kan de formele wet echter onder vigeur van het huidige artikel 120 Gw niet aan dit beginsel worden getoetst.<sup>28</sup>

Na invoering van het voorstel-Halsema staat toetsing aan artikel 19 Gw open. Het beroep dat Kooren al geruime tijd uitoefent, wordt hem plotsklaps ontnomen. De rechter kan nagaan of deze grondrechtsbeperking in strijd is met het égalitébeginsel en zo nodig schadevergoeding toekennen.

Decennialang is égalitétoetsing naar Nederlands recht aangemerkt als een element van de proportionaliteitstoets. Recent is echter deze beproefde 'constructie' voor de verplichting tot nadeelcompensatie wegens haar dogmatische onzuiverheid door verschillende auteurs onder vuur genomen. Het proportionaliteitsbeginsel ver-

eist evenredigheid tussen de kosten en baten van een maatregel. Het égalitébeginsel daarentegen vereist evenredigheid tussen de lasten voor de door de maatregel getroffen burger en de lasten die vergelijkbare medeburgers te dragen krijgen.<sup>29</sup> Daardoor kan een maatregel die bij de kostenbatenafweging proportioneel en dus rechtmatig blijkt, nog altijd aan een enkel individu nadeel toebrengen dat onevenredig zwaar is in vergelijking met lasten die in zijn maatschappelijke kring normaal zijn. Het zou daarom zuiverder zijn om deze twee van karakter verschillende beginselen uiteen te houden.

Ik ben het met die kritiek eens. Dat brengt wel met zich dat een grondrechtsbeperkende wet getoetst zou moeten worden aan het égalitébeginsel als zodanig; égalitétoetsing kan niet langer worden vermomd als een toets aan de doel-middelproportionaliteit.

Naar mijn oordeel is er geen dwingend argument om het corpus aan materiële hulpnormen te beperken tot beginselen die zijn 'in te passen' in de proportionaliteitstoets;<sup>30</sup> introductie van de égalité als hulpnorm lijkt mij aanvaardbaar. Dat vergt echter wat gedurdere jurisprudentie dan het 'verpakken' van égalitétoetsing als een proportionaliteitstest.

## 5. Formele hulpnormen

### *a. De vereisten van het grondwettelijke delegatiesysteem*

De bekende grondwettelijke delegatiesystematiek brengt naar geldend recht reeds twee formele normen met zich.

27. HR 14 april 2000, NJ 2000, 713.

28. R.o. 3.4.1. Nadeelcompensatie voor een maatregel die bij formele wet wordt ingevoerd, kan alleen gevorderd worden als de maatregel valt te kwalificeren als een vorm van onteigening in de zin van art. 1 Eerste Protocol EVRM. De Hoge Raad verwijst Kooren naar het Hof Amsterdam voor toetsing aan deze bepaling. Voor zover ik dat heb kunnen nagaan, is de procedure niet doorgezet. Het is dus niet gezegd dat art. 1 Eerste Protocol hier niet van toepassing zou zijn.

29. Zie onder vele anderen B.J. Schueler, 'Goede besluiten met slechte gevolgen. De verplichting tot nadeelcompensatie in het bestuursrecht', in: J.A. Hoitink e.a., *Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 90-199, i.h.b. 107-109; C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), 2006, p. 65-109.

30. De rechter zou ook subsidiariteits- en rechtszekerheidstoetsing kunnen presenteren als een vorm van proportionaliteitstoetsing, als hij de indruk zou willen wekken dat hij maar één hulpnorm – de proportionaliteitstest – zelf introduceert en niet een hele reeks hulpnormen aan zijn eigen fantasie ontleent. Ik zou daar geen voorstander van zijn. Zoals in par. 4(c) al uiteengezet, meen ik dat het de overtuigingskracht van de rechtspraak juist ten goede komt als duidelijk van karakter verschillende beginselen zo veel mogelijk onderscheiden en benoemd worden.



Als de grondwettelijke beperkingsclausule de passus 'bij of krachtens de wet' of een woord met de woordstam 'regel-' bevat, is delegatie van de beperkingsbevoegdheid door de wetgever aan een ander centraal of een decentraal ambt toegestaan. Maakt de wetgever gebruik van zijn delegatiebevoegdheid, dan moet deze delegatie volgens de memorie van toelichting op de Grondwet *specifiek* zijn: uit de delegerende wet moet voldoende duidelijk blijken 'dat de wetgever bewust een beperkingsbevoegdheid heeft willen toekennen, en ten aanzien van welk grondrecht hij dat heeft gewild'.<sup>31</sup>

Dit specificiteitsgebod speelt in de huidige rechtspraak – ondanks het toetsingsverbod van het vigerende artikel 120 Gw – een duidelijke rol. Het fungeert dan ook niet als een norm waaraan de *wet* getoetst wordt, maar wordt door de rechter rechtstreeks als bevoegdheidsnorm op handelingen van 'lagere' ambten toegepast. Voor een grondrechtsbeperkende maatregel van bijvoorbeeld een gemeente moet een specifieke grondslag in de wet zijn aan te wijzen. Is zo'n specifieke grondslag niet te vinden, dan wordt een algemene bevoegdheidsverlenende wetsbepaling als artikel 149 Gemw ook niet zo uitgelegd dat de wetgever er beperkingsbevoegdheid mee zou hebben willen delegeren.<sup>32</sup>

Het is vrij onwaarschijnlijk dat deze norm na invoering van het toetsingsrecht een prominente rol zal krijgen als hulppnorm voor wetstoetsing. Als de wetgever aan een uitvoerend of decentraal regelstellend ambt algemene bevoegdheden tot re-

geling of bestuur toekent, wordt deze wetsbepaling immers zo uitgelegd dat zij geen bevoegdheid tot beperking van grondrechten overdraagt. Als voldoende duidelijk blijkt dat de wetgever wel degelijk beperkingsbevoegdheid heeft willen overdragen, dan is daarmee aan de eis van het specificiteitsgebod voldaan. Het is daarom haast onmogelijk om een wet te vinden die zelf in strijd is met het specificiteitsgebod.

Blijkt uit de beperkingsclausule echter dat de wetgever *geen* beperkingsbevoegdheid mag delegeren (geen 'regel-'; geen 'bij of krachtens'), dan kan een wet die dit toch beoogt, door de rechter na aanvaarding van het voorstel-Halsema buiten toepassing worden gelaten. Het delegatieverbod is een reële (hulp)norm<sup>33</sup> die de beperkingsbevoegdheid van de wetgever begrenst. Een wet die ruime discretionaire (uitvoerende of regelstellende<sup>34</sup>) bevoegdheden toekent, waarmee een ander ambt in weerwil van een delegatieverbod een grondrecht zou kunnen beperken, kan als ongrondwettig buiten toepassing worden gelaten.<sup>35</sup>

Door de strenge delegatiesystematiek die onze Grondwet kent, krijgt de wetgever een cruciale rol toebedeeld bij de beperking van grondrechten: hij is het die bepaalt of en hoever uitvoerende en 'lagere' regelstellende ambten een grondrecht van het hier genoemde type mogen beperken.<sup>36</sup> Grondwettelijke grondrechten belichamen zulke fundamentele waarden in ons rechtsbestel, dat iedere beknopping ervan moet zijn terug te voeren op een 'bewust' besluit van de democratisch gelegiti-

31. *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 14.

32. Vgl. ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204 (Drugspand te Venlo). Zie verder J.M.E. Derks, *De Grondwet en delegatie* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1995, p. 151-155 met een reeks uitspraken waarin de rechter maatregelen van lagere overheden ontoelaatbaar verklaart, omdat zij zonder specifieke wettelijke basis een grondrecht beperken.

33. Deze norm is natuurlijk al geldend recht.

34. Het grondwettelijk delegatiebegrip heeft een materiële betekenis. Delegatie is overdracht van de bevoegdheid om te beslissen over de beperking van het grondrecht, ongeacht de vorm waarin die bevoegdheid wordt overgedragen. Zo wordt ook attributie van uitvoeringsbevoegdheid door een delegatieverbod bestreken wanneer die bevoegdheid in zo ruime termen is geformuleerd dat materieel niet de wetgever, maar het uitvoerend orgaan in zijn eigen beleid inhoudelijk vormgeeft aan de grondrechtsbeperking. Zie Derks, a.w., p. 87-90.

35. Bij Derks, a.w., p. 137-145 zijn voorbeelden te vinden van delegatie van beperkingsbevoegdheid ondanks een grondwettelijk delegatieverbod. De rechter kan de rechtmatigheid van deze wetgeving onder het huidige art. 120 Gw niet beoordelen.

36. Vgl. Den Dekker-van Bijsterveld, a.w., p. 205-207.

meerde wetgever. Aan deze gedachte zijn nog twee formele hulpnormen te ontleunen: het beginsel van weloverwogenheid en het beginsel van de actuele afweging.

*b. Het beginsel van weloverwogenheid*

Parallel aan het reeds tot het positieve recht behorende beginsel dat de overdracht van beperkingsbevoegdheid aan lagere ambten welbewust door de wetgever moet zijn gewild, kan het beginsel worden ontwikkeld dat de grondrechtsbeperking die een formele wet voor de burger in concreto oplevert, moet zijn terug te voeren op een bewuste afweging van de wetgever. Ik zou dit het beginsel van weloverwogenheid willen noemen. Beperkt een wet op onvoorziene wijze een grondwettelijk grondrecht, dan kan de rechter die wet in het concrete geval buiten toepassing laten.

Bij Koopmans is een aardig voorbeeld uit de Britse rechtspraak te vinden, waarin dit beginsel toegepast had kunnen worden.<sup>37</sup> De wetgever stelde het dragen van een bromfietshelm verplicht. Voor een kleine groep Britse staatsburgers, namelijk Sikhs, die op religieuze gronden in het openbaar een tulband moeten dragen, dreigde deze wettelijke verplichting onvoorziene en ingrijpende beperking van hun godsdienstvrijheid mee te brengen, terwijl duidelijk was dat de wetgever geen rekening had gehouden met deze groep burgers. Als een dergelijk geval zich na invoering van het voorstel-Halsema in Nederland voordoet, dan staat het beginsel van weloverwogenheid de rechter toe om de wet jegens Sikhs buiten toepassing te laten.<sup>38</sup>

Een boerkaverbod kan ook als voorbeeld dienen. Stel, er geldt sinds 1965 een

formele wet met een algemeen verbod om gemaskerd over straat te gaan. Men dacht aan bankovervallers en dronken carnavalisten. Is dit verbod ook van toepassing op personen die uit religieuze motieven een gezichtssluijer dragen? Naar mijn idee zou de rechter die over het toetsingsrecht beschikt, moeten kunnen zeggen dat, zelfs al zou een boerkaverbod materieel een proportionele beperking van de godsdienstvrijheid inhouden, de wetgever daarover wel uitdrukkelijk moet beslissen. Het is naar mijn smaak niet bevredigend om op de vraag of artikel 6 Gw terecht beperkt wordt, te antwoorden dat die beperking nu eenmaal toevallig in de formele wet staat.<sup>39</sup> Juist omdat het om een voor betrokkenen ingrijpende beperking van hun grondrecht gaat, mag op zijn minst worden verwacht dat de wetgever uitdrukkelijk tot deze beperking besluit. De wet met maskerverbod kan buiten toepassing worden gelaten. De wetgever moet een boerkaverbod uitdrukkelijk invoeren.

Het beginsel herinnert aan de bekende overweging uit het Harmonisatiewet-arrest.<sup>40</sup> De rechter mag naar geldend recht een wetsbepaling:

‘(...) in bepaalde (groepen van) gevallen buiten toepassing laten (...) op de grond dat toepassing van die bepaling in verband met daarin niet verdisconteerde omstandigheden (in de regel: de wijze waarop de overheid is opgetreden) in strijd zou komen met een fundamenteel rechtsbeginsel (...).’

Het beginsel van de weloverwogenheid van grondrechtsbeperking kan worden gezien als een variant van deze regel uit *Har-*

37. T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 238.

38. Een leuk praktijkvoorbeeld van niet-bewuste grondrechtsbeperking is natuurlijk ARRvS 20 december 1982, AB 1983, 243 (Bijbelverkoper Krimpen a/d IJssel), waar het ging om een bij APV gestelde verzekeringsplicht voor marktcoöplieden die door de bestuursrechter voor een individuele bijbelverkoper in strijd met diens vrijheid van godsdienst werd bevonden.

39. Zoals m.i. naar huidig recht het geval zou zijn. Overigens meent E.M.H. Hirsch Ballin, ‘De harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel’ (noot bij HR 14 juli 1989, NJ 1989, 469), AA 1989, p. 578-592, dat te verdedigen valt dat ook onder het geldende art. 120 Gw de wet soms buiten toepassing gelaten mag worden als zij op onvoorziene wijze een grondwettelijk beschermd belang raakt.

40. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9. Een klein verschil is het volgende: de wijze waarop het bestuur optreedt, kan door de wetgever helemaal niet worden voorzien; de Sikhs zijn door de wetgever eerder ‘vergeten’.

*monisatiewet*, zij het dat de rechter het vrijmoediger kan toepassen. De rechter mag de wet als zodanig niet toetsen aan rechtsbeginselen, zodat de regel uit *Harmonisatiewet* het karakter heeft van een uitzondering op het algemene toetsingsverbod van artikel 120. Dat noopt ertoe de regel restrictief toe te passen. Toetsing van de wet aan een grondrecht zal na aanvaarding van het voorstel-Halsema echter wel toegestaan zijn. Het beginsel van weloverwogenheid kan daarbij dienst doen als volwaardige hulpnorm om die – door de Grondwetgever gewilde – toetsing nader vorm te geven.

Het beginsel is overigens niet bedoeld voor chicanes. Van een onvoorziene grondrechtsbeperking moet wel kunnen worden gezegd dat de betrokkene haar in redelijkheid als een substantiële aantasting van zijn vrijheidssfeer mag beschouwen – zoals bij de twee hiervoor gegeven voorbeelden het geval was. Het beginsel is bedoeld voor toevallige, onbedoelde formeel-wettelijke beperkingen van een grondrecht, die echter voor de betrokkene zo ingrijpend zijn dat hij mag verlangen dat de wetgever er uitdrukkelijk over beslist. In dat geval blijft de wet buiten toepassing; bij futiele beper-

kingen, waarbij het grondrecht er eigenlijk met de haren bij wordt gesleept, kan de wet gewoon worden toegepast.<sup>41</sup>

### c. *Het beginsel van de actuele afweging*

Verwant aan het beginsel van weloverwogenheid is het beginsel van de actuele afweging, dat de rechter onder omstandigheden zelfs toestaat de wet buiten toepassing te laten in gevallen waarvoor zij aanvaardbaar was geschreven.

Rechtsopvattingen veranderen in de loop der jaren. Algemeen wordt aanvaard dat de rechter duidelijk verouderde wettelijke normen moderniserend mag herinterpreteren. In het privaatrecht en het strafrecht is dit een vrij normaal verschijnsel.<sup>42</sup> Ook de opvattingen over de inhoud van grondrechten evolueren. Ik geef een voorbeeld. Artikel 449 Sr verbiedt de bedienaar van de godsdienst om een huwelijk in te zegenen voordat dat huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand voltrokken is. Het artikel beperkt de godsdienstvrijheid. De bepaling werd ingevoerd om te voorkomen dat het kerkelijk huwelijk in de plaats zou treden van het burgerlijk huwelijk. Bovendien wilde men 'onnozele lieden' beschermen

41. Een verwant probleem doet zich voor bij de aloude leer der algemene beperkingen. Stel, een APV verbiedt eenieder om in het plaatselijke stadspark over het gras te lopen. Oudtijds werd dit beschouwd als een toegestane, (want) algemene beperking van de betogingsvrijheid. De Grondwetgever van 1983 heeft de leer van de algemene beperkingen in de ban gedaan: ook algemene beperkingen moesten voortaan op een (bewust) besluit van de formele wetgever berusten (Kortmann 2005, p. 399). Het verbod om zich op een paar vierkante meter geverticuteerd gras te begeven zou dus in beginsel alleen op betogers kunnen worden toegepast als het door de formele wetgever was vastgesteld, ook al gaat het duidelijk om een futiele beperking van de betogingsvrijheid. Voor het geval dat de rechter het grasveldverbod toch op een betogers wil toepassen, beveelt de grondwetgever hem aan om de werkingssfeer van het betogingsrecht 'redelijk' te interpreteren, dat wil zeggen: enger uit te leggen (Kortmann, t.a.p.). De Grondwetgever had er m.i. beter aan gedaan om de leer van de toegelaten algemene beperkingen gewoon te handhaven, onder het proviso dat zij niet mag worden toegepast als een algemene beperking de vrijheidssfeer van een individu substantieel aantast. Bij het vereiste van weloverwogenheid van wettelijke beperkingen doet zich iets vergelijkbaars voor. Het is onwerkbaar om iedere toevallige beperking, hoe futiel ook, op een bewuste afweging van de wetgever te doen berusten. Wij voegen dus voor de zekerheid de (nogal voor de hand liggende) voorwaarde toe dat het wel moet gaan om een beperking die voor degene die zij raakt, substantieel is. Ik acht de rechter zeer wel in staat om te bepalen of een beperking voor de betrokkene substantieel of futiel van aard is – de rechter zal dat waarschijnlijk wel ongeveer evengoed kunnen als het 'redelijk uitleggen' van een grondrecht.
42. Bekend is HR 28 november 1978, NJ 1979, 93, waar het algemene pornografieverbod van het toenmalige art. 240 Sr zo wordt geherinterpreteerd, dat het verstrekken van pornografie aan hen die daarmee instemmen, niet meer onder die bepaling valt. Zie Th. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 78-79. Een fraai privaatrechtelijk voorbeeld van dit verschijnsel is HR 3 maart 1972, NJ 1972, 339 (Maring/Assuradeuren), waar de Hoge Raad constateerde dat de (op dat moment geldende) artikelen 288 en 289 K zodanig achterhaalde opvattingen weerspiegelden, dat zij niet meer toegepast hoefden te worden.

tegen de fout dat zij zouden menen met een kerkelijk huwelijk te kunnen volstaan.<sup>43</sup> Beide redenen doen naar mijn smaak zeer ouderwets aan; het is maar de vraag of zij – na een praktijk van twee eeuwen burgerlijk huwelijk – nog van zwaarwegend belang zijn. Het is bovendien aanmerkelijk dat de opvattingen over de godsdienstvrijheid zodanig zijn geëvolueerd dat de inbreuk die het artikel maakt op de godsdienstvrijheid, tegenwoordig als ernstiger beschouwd wordt dan ten tijde van de invoering van het Wetboek van Strafrecht.<sup>44</sup> Ziehier een fraai voorbeeld van een niet meer actuele afweging die in de formele wet is neergelegd: het doel dat de beperking van de godsdienstvrijheid legitimeerde, lijkt maatschappelijk van geringer belang geworden, terwijl het belang van het vrijheidsrecht zelf lijkt te zijn toegenomen. Het is hoogst waarschijnlijk dat de ooit ‘echt’ democratisch gelegitimeerde beperking van de godsdienstvrijheid die het artikel inhoudt, geen getrouwe weergave meer is van rechtsopvattingen die onder de bevolking leven.

Mocht het OM een priester wegens overtreding van artikel 449 Sr vervolgen, dan stelt het beginsel van de actuele afweging de rechter in staat deze wetsbepaling buiten toepassing te laten als verouderde, niet meer democratische gelegitimeerde beperking van artikel 6.1 Gw.<sup>45</sup>

Persoonlijk ben ik om drie redenen gecharmeerd van de hier genoemde formele hulpnormen.

In sterkere mate dan bij de materiële hulpnormen het geval zal zijn, kunnen de formele hulpnormen iets toevoegen aan de bescherming die het EVRM de burger nu al biedt. Zeker in de eerste jaren – wellicht decennia – na invoering van het voorstel-Halsema moet de rechter uit het niets beginselen erkennen en ontwikkelen waaraan de wet getoetst kan worden. Dat zal zeker

de eerste tijd voorzichtig gaan in de vorm van verkenkende, terughoudende toetsing.

Mijn verwachting zou zijn dat – voor zover toetsing aan de pas geïntroduceerde materiële hulpnormen al tot de conclusie zal leiden dat de wet buiten toepassing moet blijven – dat oordeel ook geschraagd zal worden door een tegelijkertijd geconstateerde strijdigheid met het EVRM of een ander mensenrechtenverdrag. Pas als de geïntroduceerde normen voldoende zijn ‘uitgebouwd’ en weerklank hebben gevonden in de doctrine zal de rechter er naar mijn verwachting toe overgaan om wetgeving zelfstandig op grond van de materiële hulpnormen buiten toepassing te laten. Het EVRM geeft echter, zoals bekend, nauwelijks formele criteria voor de beperking van grondrechten. De hiervoor genoemde hulpnormen zullen dus eerder een bijkomende waarborg kunnen bieden in een geval waar de wet de toets aan het EVRM wel doorstaat, zodat de Nederlandse Grondwet iets ‘extra’ inhoudt.

Ten tweede verwezenlijken zij een belangrijk en veelgenoemd voordeel van constitutionele toetsing zonder te lijden aan het belangrijkste nadeel ervan. De ambten die zijn betrokken bij het wetgevingsproces, voeren vanzelfsprekend altijd een abstracte toets uit. In abstracto is echter nooit volledig te overzien hoe de toepassing van de wet in de praktijk zal uitpakken. Daardoor kan in individuele gevallen de grondwettelijk gegarandeerde vrijheid van de burger te zeer in de knel komen.<sup>46</sup> Het voordeel van het toetsingsrecht is dat de rechter in deze gevallen recht op maat kan bieden.

Een veelbetreurd nadeel van constitutionele toetsing is dat het in essentie een antidemocratisch instituut zou zijn. Toetsing aan de hand van de formele hulpnormen (inclusief de delegatieverboden) lijkt echter niet aan dat manco. De formele hulpnormen zijn juist een uitwerking van

43. Cleiren & Nijboer 2004 (T&C Wetboek van Strafrecht), art. 449, aant. 4 (Van Strien).

44. Toen – om maar eens wat te noemen – de Grondwet het voor gemeentelijke autoriteiten in de noordelijke provincies nog mogelijk maakte om katholieke processies te verhinderen, zie D.J. Elzinga & R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, p. 377.

45. Ik ga ervan uit dat de invoering van een toetsingsrecht impliceert dat art. 140 Gw niet aan toetsing van bestaande formele wetgeving aan de grondrechten in de weg zal staan.

46. Zie bijvoorbeeld M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 154.

de gedachte dat grondrechtsbeperking democratisch gelegitimeerd moet zijn. Deze gedachte wordt realistisch – wellicht een beetje ‘politicologisch’ – uitgelegd: als de beperkende wet verouderd is, te veel beslissingsbevoegdheid aan uitvoerende ambten overdraagt, of als een concreet geval van aantasting van een grondrecht niet is voorzien, dan is de democratische legitimatie van de beperking kwestieus. De rechter kan de wet dan buiten toepassing laten. Zou de rechter in deze gevallen de wet wel moeten toepassen (zoals naar huidige recht het geval is), dan is de wettelijke legitimatie van de grondrechtsbeperking eigenlijk een fictie.

Het beginsel van weloverwogenheid en het beginsel van de actuele afweging kunnen ten derde door de rechter veel vrijmoediger worden gehanteerd dan materiële vereisten die aan de wet gesteld worden. Als de (hoogste) rechter een wettelijke regeling inhoudelijk in strijd met de Grondwet verklaart, loopt hij in gewone gevallen het risico om een maatregel te blokkeren die door een groot deel van het electoraat voor wenselijk wordt gehouden. De rechter kan die maatregel later alleen nog toestaan door op zijn eerdere jurisprudentie terug te komen. De ‘politiek’ kan de jurisprudentie alleen corrigeren via de omslachtige procedure van grondwetswijziging.

Bij beide genoemde beginselen is dat niet het geval. Heeft de rechter een wet buiten toepassing verklaard omdat hij meende dat zij geen actuele en weloverwogen afweging van de wetgever (meer) weergaf, dan kan de gewone wetgever de rechter eenvoudig via de normale wetsprocedure corrigeren. Hij kan de niet-voorzien toepassing van de wet alsnog uitdrukkelijk in de wet opnemen; een niet-actuele wet kan met een kleine tekstuele aanpassing opnieuw worden vastgesteld.<sup>47,48</sup>

## 6. Verdragsconforme interpretatie

Veruit de meeste Nederlandse grondrechten genieten parallelle bescherming in mensenrechtenverdragen, vooral het EVRM. Het internationale recht, noch de Nederlandse Grondwet verplicht de rechter ertoe om de Nederlandse grondrechten zo te lezen dat zij hetzelfde beschermingsniveau bieden als hun verdragsrechtelijke pendant, zolang de verdragsrechtelijke grondrechten in de nationale rechtsorde maar effectief beschermd worden.<sup>49</sup> Niettemin kan de rechter bij toetsing aan blanco beperkbare grondrechten inspiratie putten uit het parallelle verdragsgrondrecht. Een beroep op het EVRM kan bovendien soms de aannemelijkheid van een hulpnorm – denk aan het proportionaliteitsvereiste<sup>50</sup> – versterken.

47. Interessant is L. Prakke, ‘Bedenkingen tegen het toetsingsrecht’, *Handelingen NJV* 1992, p. 3-33, i.h.b. p. 17-23. Prakke overweegt de mogelijkheid om het toetsingsverbod zo te formuleren dat toetsing wel wordt toegestaan in gevallen waarvan aannemelijk is dat ze de wetgever niet voor ogen hebben gestaan. Dit aantrekkelijke voorstel doet denken aan de hiervoor genoemde beginselen van de actuele afweging en van weloverwogenheid. Prakke verwerpt het idee echter, omdat het volgens hem het gevaar in zich bergt dat de rechter ook weloverwogen interpretaties van de wetgever gaat afwijzen. Prakke gaat echter voorbij aan het feit dat de rechter bij dit soort toetsingsvarianten eenvoudig door de gewone wetgever gecorrigeerd kan worden. Om die reden hoeft er naar mijn idee niet zo zwaar aan te worden getild als de rechter de wet eens wat vrijmoedig buiten toepassing laat in verband met een formele hulpnorm.
48. Voor het buiten toepassing laten van de wet wegens strijd met het beginsel van weloverwogenheid of het beginsel van de actuele afweging is niet nodig dat de grondrechtsbeperking die de wet oplevert, ook materieel onrechtmatig is. Bij de formele hulpnormen is leidende gedachte dat grondrechten zulke belangrijke rechtsgoederen beschermen, dat iedere substantiële beperking van zo’n grondrecht gelegitimeerd moet zijn door een uitdrukkelijk wilsbesluit van de formele wetgever. Deze formeel-wettelijke legitimatie is een zelfstandige waarborg voor de burger. Zodra een substantiële beperking van een grondrecht niet kan bogen op een reële democratische legitimatie, kan de beperkende wet al om die reden buiten toepassing worden gelaten.
49. De nationale grondrechtenbescherming en het EVRM vullen elkaar aan, waarbij krachtens art. 53 EVRM steeds het voor de burger gunstigste resultaat telt. Internationale grondrechten hoeven niet in de nationale grondwetten te worden geïmplementeerd.
50. Zie hiervoor par. 4 (b). Dat geldt waarschijnlijk eveneens voor de subsidiariteitstoets. Vooral de formele hulpnormen lijken mij echter nogal ‘nationaal’ van karakter.

De rechter zou een Nederlands grondrecht naar mijn oordeel zo moeten interpreteren dat het die eisen van het verdragsgrondrecht absorbeert, die met voldoende scherpte uit dat verdragsgrondrecht en de daarop gebaseerde jurisprudentie zijn af te leiden. Vervolgens kan de rechter bezien of vanuit nationaal perspectief strengere eisen kunnen worden gesteld.

Hoewel toegestaan heeft het immers weinig zin om het nationale grondrecht *milder* te interpreteren dan een parallelle verdragsbepaling, als de formele wet vervolgens op grond van die verdragsbepaling toch buiten toepassing gelaten moet worden. Tegelijkertijd lijkt het mij goed als de rechter ‘activistische’ interpretatie van verdragsbepalingen achterwege laat,<sup>51</sup> en in plaats daarvan het nationale grondrecht toepast. Het is aan te bevelen dat de rechter vooruitstrevende interpretaties ‘eerlijk’ gaat presenteren als een toepassing van het nationale grondrecht, in plaats van het verdragsrechtelijke grondrecht op te rekken.<sup>52</sup>

Misschien hebben Nederlandse rechters er niet zoveel zin in om de nationale grondrechten te ontwikkelen. Misschien ook presenteren zij een uitspraak liever als noodzakelijk gevolg van een volkenrechtelijke plicht dan als een gevolg van de eigen interpretatie van een nationaal grondrecht. In dat geval belet geen rechtsregel hun om steeds eerst aan het verdragsgrondrecht te

toetsen en het daarbij te laten als op grond van die toets al geconcludeerd kan worden dat de wet buiten toepassing moet blijven. Het moge duidelijk zijn dat deze werkwijze niet mijn voorkeur verdient.

## 7. Slotopmerkingen

Ik maak drie slotopmerkingen.

Halsema stelt in haar toelichting uitdrukkelijk dat toetsing van de wet aan rechtsbeginselen verboden moet blijven.<sup>53</sup> Staat de erkenning van enige rechtsbeginselen als hulpnorm niet op gespannen voet met dat uitgangspunt van Halsema?

Naar mijn oordeel is dat niet het geval. Bij de toetsing zoals ik die voorsta, blijven rechtsbeginselen fungeren als *hulpnorm*. Zij komen pas in beeld nádat is vastgesteld dat de formele wet een grondrecht raakt. Eerst *dán* kan worden bezien of de beknutting van dit grondrecht is gebeurd op een wijze die de toets aan een aantal rechtsbeginselen doorstaat. Is er geen grondrecht in het geding, dan blijft de wet ouderwets onschendbaar.

De financieel-economische positie van de burger bijvoorbeeld wordt als zodanig *niet* door een grondrecht beschermd. Wetgeving op financieel en economisch terrein zal daarom ook na aanvaarding van het voorstel-Halsema grotendeels immuun blijven voor rechterlijke toetsing aan rechtsbe-

51. Denk bijvoorbeeld aan HR 12 mei 1999, *BNB* 1999, 271 (Arbeidskostenforfait), waarin de rechter het internationale discriminatieverbod van art. 26 IVBPR gebruikt voor de *finetuning* van het Nederlandse belastingrecht. Het lijkt mij veel beter als dit soort uitspraken in de toekomst op art. 1 Gw gegrond worden.

52. Over verdragsconforme interpretatie in België Velaers, ‘Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen’, *TBP* 2005, p. 297–318. Het Belgische Hof van Arbitrage laat zich bij toetsing aan de grondrechten uit titel II van de Belgische grondwet – waarvan eveneens een aantal blanco beperkbaar is (Velaers, p. 302) – sterk leiden door de rechtspraak van het EHRM. Het hof neemt belangrijke overwegingen van het EHRM zelfs regelmatig letterlijk over (Velaers, p. 311). De Hoge Raad en alle andere Nederlandse rechters hebben na invoering van het voorstel-Halsema – anders dan het Arbitragehof, dat formeel alleen aan Belgische grondrechten toetst – de bevoegdheid om zowel aan verdragsrecht als aan nationale grondrechten te toetsen, waarbij de volgorde niet vastligt (zie ook Velaers, p. 317). Voor de Nederlandse rechter zal verdragsconforme interpretatie van Nederlandse grondrechten dus niet noodzakelijk worden, omdat indien gewenst altijd rechtstreeks aan de verdragsbepaling getoetst kan worden.

53. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 19.

ginselen, omdat de hulpnormen buiten beeld blijven.<sup>54</sup> Een abrupte verandering in het wettelijke fiscale regime zal nog altijd niet aan het rechtszekerheidsbeginsel kunnen worden getoetst: de maatregel raakt geen grondrecht. Ook in het Harmonisatiewet-arrest zou de Hoge Raad nog steeds tot de slotsom moeten komen dat de wet – hoezeer de aanpassing van het studie-beurssysteem jegens ouderejaarsstudenten ook in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel – gewoon diende te worden toegepast.

Kortom: rechtsbeginselen als *zelfstandige* toetssteen fungeren anders dan rechtsbeginselen als hulpnorm. Een rechtsbeginsel als zelfstandige toetssteen stelt geen principiële grens aan het 'soort' nadeel dat de burger door een beroep op dat rechtsbeginsel kan trachten af te wenden. Zodra de burger maar een procesbelang heeft, waardoor hij de overheid in rechte kan betrekken, zou hij – bij volledige schrapping van artikel 120 Gw – een voor hem nadelige wettelijke maatregel door de rechter op zijn conformiteit met rechtsbeginselen kunnen laten proeven.

Echter, bij introductie van rechtsbeginselen als *hulpnorm* kan zelfs het feit dat een wet voor burgers uiterst nadelige effecten heeft, *an sich* nooit een reden zijn om die wet aan rechtsbeginselen te toetsen. Alleen de zeer specifieke categorie van wettelijke maatregelen die een grondrecht beperken, komt in aanmerking voor toetsing *aan dat grondrecht*, waarbij de rechtsbeginselen die toetsing als hulpnorm inkleuren.

Ten tweede: in deze bijdrage zijn de grondrechten die de wetgever wél aan een materieel criterium binden, zoals artikel 1 en 8 Gw, buiten beschouwing gelaten. Dat

heeft een argumentatieve reden. Ten aanzien van de grondrechten met blanco beperkingsclausule is de vraag hoe de rechter de wet er *überhaupt* aan kan toetsen, spannender. Bij deze grondrechten is eenvoudig aannemelijk te maken dat de rechter na invoering van het toetsingsrecht hulpnormen zal moeten erkennen. Als deze hulpnormen eenmaal aanvaard zijn, dan zie ik echter weinig bezwaar om ze ook bij toetsing aan de overige grondrechten toe te passen. Vooral ten aanzien van de grondrechten met doelclausules zal de proportionaliteitseis zeker zijn nut kunnen bewijzen.<sup>55</sup>

Tot slot: moeten wij, dit alles overziende, niet concluderen dat de grondrechten-catalogus vóór invoering van het toetsingsrecht beter eerst herschreven kan worden? Dat lijkt mij wat overdreven. De huidige grondrechten-catalogus zou door herschrijving op twee punten kunnen worden aangevuld. Er kunnen beperkingsgronden aan verscheidene grondrechten worden toegevoegd; bovendien kan worden vastgelegd of en aan welke rechtsbeginselen de rechter een beperking mag toetsen.

Van het opschrijven van beperkingsgronden verwacht ik weinig. Wie de uitgebreide lijst van doelclausules in de verschillende EVRM-grondrechten beziet, krijgt niet de indruk dat er erg veel maatregelen te verzinnen zijn die daar niet onder te scharen zijn. Zinniger lijkt mij de al genoemde negatieve doelclausule: meerderheidsmacht mag nooit worden gebruikt om een minderheid uit zuiver ideologische motieven bepaalde morele opvattingen op te dringen.<sup>56</sup> Die gedachte is eenvoudig in de rechtspraak uit te werken.<sup>57</sup>

Wel belangrijk lijkt mij beantwoording

54. De wetgever zou waarschijnlijk juist op financieel, fiscaal en economisch gebied veel van toetsing aan 'zelfstandige' rechtsbeginselen te duchten hebben. Het rechtszekerheidsbeginsel bijvoorbeeld zou veelvuldig een rol kunnen gaan spelen bij de overgang van het ene naar het andere belastingregime. Zie J.M. Polak, 'Toetsing in de adviezen', in: W.A. van den Berg (red.), *De Raad van State: een stand van zaken*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 43-53, p. 45: in de wetgevingsadviezen van de Raad van State worden voorstellen met financiële gevolgen nogal eens op de korrel genomen omdat zij op gespannen voet staan met de rechtszekerheid.

55. Art. 8 Gw bijvoorbeeld stelt naar de letter alleen de eis dat een wettelijke beperking het belang van de openbare orde dient. Het proportionaliteitsbeginsel zal hier ook als hulpnorm kunnen dienen.

56. Zie par. 4 (b).

57. Zo kunnen bijvoorbeeld een verbod op genocideontkenning, een verbod op genocide-erkenning, of een verbod op het bijhouden van moskeeën wat mij betreft niet door de beugel zolang het motief daarvan niet veel meer is dan het feit dat voorstanders van zo'n verbod aan bepaalde medeburgers aanstoot nemen.

van de in deze bijdrage besproken vraag welke rechtsbeginselen de rechter als hulpnorm mag aanwenden. Een rechterlijk toetsingsrecht dat niet de bevoegdheid omvat om de proportionaliteit van een grondrechtsbeperkende wet te toetsen, lijkt mij vrijwel inhoudsloos. Ik ben geneigd om de proportionaliteit als een zo fundamenteel beginsel te zien dat het vanzelf spreekt dat de rechter beperkingen daaraan ook zonder codificatie van dat beginsel kan toetsen. Minder evident is wellicht mijn voorstel dat de rechter ook andere rechtsbeginselen als hulpnorm mag invoeren. Het zou daarom geen overbodige luxe zijn als Halsema zich daarover in de nog te verwachte debatten over haar voorstel duidelijk zou uitspre-

ken.<sup>58</sup> Een helder standpunt, blijkend uit de parlementaire geschiedenis, lijkt mij echter voldoende, herschrijving is niet nodig.<sup>59</sup>

Uiteindelijk moet gedeeltelijke schrapping van het toetsingsverbod berusten op vertrouwen in de rechter. Gelijkijdige herziening van de grondrechtencatalogus lijkt mij een vreemde reflex: men zou dan de rechter toetsingsbevoegdheid geven, maar die bevoegdheid meteen zo veel mogelijk met geschreven normen proberen 'dicht te timmeren'. Dat neemt niet weg dat iets meer aandacht voor de mogelijke inhoud van een toetsingsrecht nuttig is. Wij lezen er in de toelichting van Halsema op dit moment helemaal niets over – dat lijkt mij het andere uiterste.

58. Vergelijk Hins, a.w., p. 78.

59. Er is ook een opportunistisch argument tegen herschrijving te geven. Er wordt in Nederland al decennia over schrapping van het toetsingsverbod gedebatteerd. Eindelijk is er nu een voorstel tot wijziging van de Grondwet bij de Eerste Kamer aanhangig. Wie ervoor pleit om eerst maar weer eens de hele grondrechtencatalogus te gaan herzien, kan maar beter meteen pleiten voor verwerping van het voorstel-Halsema. Ik kan mij weinig situaties voorstellen waarin het wat oudbakken spreekwoord 'van uitstel komt afstel' meer op zijn plaats is. Dit opportunistisch argument doet er overigens niet aan af dat het in de hoofdtekst genoemde principiële argument gemeend is. Vergelijkbare opmerkingen werden door Burkens gemaakt naar aanleiding van het voorstel van de Nationale Conventie om een constitutioneel hof(!) in te stellen.